

民主与不信任

——关于司法审查的理论

DEMOCRACY
AND DISTRUST
A Theory of
Judicial Review



原著 / 约翰·哈特·伊利
JOHN HART ELY

翻译 / 朱中一 顾运
审校 / 杨海坤



法律出版社

民主与不信任

——关于司法审查的理论



原著 约翰·哈特·伊利

JOHN HART ILLI

翻译 宋中、顾运

审校 杨海坤



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民主与不信任:关于司法审查的理论/(美)伊利著;
朱中一,顾运译.—北京:法律出版社,2003.2

ISBN 7-5036-4024-3

I. 民… II. ①伊…②朱…③顾… III. 宪法—
司法—审查—研究—美国 IV. D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 007074 号

京权图字:01—1999—0761

Copyright © 1980 by the President and Fellows of Harvard College

Published by Arrangement with Harvard University Press

本书由哈佛大学出版社授权出版

责任编辑/杨扬 王小娟

封面设计/胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/12.25 字数/430千

版本/2003年8月第1版

印次/2003年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939685

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4024-3/D·3742

定价:28.00元

司法审查——从对民主制度的不信任出发

(代译序)

作为维护宪法的重要手段,宪法审查在美国的政治法律生活中占据着举足轻重的地位。本书作者约翰·哈特·伊利在这本著作中试图为司法审查找到一种新的理论和方法来取代当时(1980年代)在美国占主导地位的两种理论和方法。

这两种理论和方法分别被称为解释主义和非解释主义,前者是指法官必须完全忠实于宪法定制者们在缔造宪法时的思想。后者是指法院得根据宪法词句,以法官的主观判断重新判断立宪者的价值,并以之作为司法审查的依据。

通常我们认为宪法由人民(起码是人民的代表)来制订,宪法最准确的含义只有当时的立宪者最清楚。因此,尽管以古人之法强求今人,未必可行,但相比较而言,严格的解释主义更易被人接受。而且法院并非一个由民主途径产生的机构,又怎么能将自己的价值观上升为高于一切的宪法意志呢?非解释主义与基本民主理论相矛盾。这使人们更乐意去接受解释主义。

然而,现代解释学认为,文本的受众同样拥有解释权。当宪法文本由立宪者组织成文,公诸于世时,宪法的准确含义就不能由立宪者来垄断。特别是当时光匆匆逝去数个世纪,立宪者的真实意图已只存在于文件与著述中时,对立宪者原意的揣摩不可避免地要加入法官的主观因素。解释可谓是主客观的统一。难怪,大多数的美国宪法条文及其修正案都已被注入了大量新的内容。当然,掌握解释权

的法官基于个体的差异,在对宪法进行解释时所采用的标准是各不相同的。本书作者列出了七种标准,即:法官自身的价值观、自然法、中立原则、理性、传统、共识和预言过程。然而,这些价值标准正由于它们是实质性的,因此不能统一认识,而且是不断发展变化的。真所谓“仁者见仁,智者见智”,分歧永远会存在。

作者试图解决的就是这样一个两难的问题:或者忠实于立宪者的意图,但这是不可能的;或者将自己的价值判断“塞”进宪法,并以此作为司法审查的依据,但这是反民主的。他批评前者过分依赖于立宪者的原意;批评后者过分依赖于法官的个人价值观;他对两者的共同批评是,这两种理论与实践都无法与代议制民主保持一致。

与前述这两种理论关注于司法审查的实体价值不同,作者将目光转移到了规范立法机构程序的问题上来。事实上,作者在其前言中所提到的第三条道路就是将司法审查从对实体价值进行判断改为对程序问题进行判断。在作者看来,实体价值应由代议机关来判断,法院不能越俎代庖,但应通过司法审查来促使代议机构更好地反映民意,保障人权。从而使司法解释与民主代议制度保持一致,而非取而代之。

受沃伦(Warren)法官的影响,作者认为司法审查应特别关注民主政治的两个基本要求。首先,要疏通政治变革的渠道;其次,应纠正对少数群体的歧视。

代议制政府的民意机关在理论上应由人民选举产生,并且受人民的监督,但代表具有独立性,其意志也不能就简单地说是代表了人民。因此,真正的民主应该建立在不信任的基础之上。作者指出,政治的“失灵发生在政治程序不值得信赖时,往往出于两种情况,一种是当在任者堵塞了政治变革的渠道以保证他们继续在任,未当选者继续落选;另一种是尽管没有人真正忽视一种意见或一个投票权,但一个有影响的多数支持的代表会有计划地损害少数群体的利益。”作者认为法官由于是被任命的,脱离党派之争,又有终身制的保障,而被置于一个能客观地接触、并解决由不信任而产生的争议的位置。这就是作者对司法的高度信任。

剩下的任务就是法院如何使用司法审查权来解决上述两种失灵。为防止代表阻塞政治变革的渠道,他找到了言论自由这一武器。他比较了“未受保护的信息”方法和“严格审查”方法。他反对“未受保护的信息”方法,因为这种方法不管言论是否被别人接受并对他人产生影响,就试图将表达的言论划分为不同的种类,予以区别对待,这是绝对的,机械的。相反,“严格审查”方法赋予法院以更大的自由来对言论进行严格的审查以确定是否会产生现实的危险,这种方法得到了作者的首肯。同时,他认为,保证选举权的落实,建立透明的立法程序应能防止代表霸占议席而控制民意。

作者认为应改善的另一方面应是为少数群体的意志找到合适的代表。他认为不利于少数群体的法律采取了“可疑的分类”。判断少数群体是否被侵害,最有效的办法就是把合适的群体放到这一可疑的分类中去进行控制,也就是“以己度人”的意思。

作者支持法院采取积极的行为,在疏通政治变革的渠道和保护少数群体方面应乘着保护民主与人权的精神对宪法作出广泛性的解释,并取得积极的平衡。

约翰·哈特·伊利曾在普林斯顿大学、耶鲁大学和伦敦经济政治学院学习。后在美国军中服役,还担任过沃伦大法官的书记员、美国交通部的顾问,并任教于耶鲁大学、哈佛大学、斯坦福大学(1982至1987年担任斯坦福大学法学院院长)。他是美国文学和科学学会成员,获圣地亚哥大学和伊利诺伊理工学院名誉法学博士学位。现为迈阿密大学法学院教授。主要著作有《基于宪法理由》(*On Constitutional Ground*, 1996),《战争和责任》(*War and Responsibility*, 1993),《民主与不信任》(*Democracy and Distrust*, 1980)等。据2000年6月15日公布的统计数字表明,伊利教授的著述被引用的次数(3032次)排名第四,前三位分别是波斯纳(7981次),德沃金(4488次),霍尔姆斯(3665次),排在伊利教授之后的是庞德(3018次)。而从著作的被引用次数来看,自1978年以来,本书排名首位,共被引用了1460次,德沃金教授的《法律帝国》排名第二,共被引用了904次。以上数据表明,本书是一本具有相当学术价值的政治学、宪法学著作,把这本

著作介绍给中国读者,介绍到不断改革开放中的中国,我们以为是一件很有意义的事情。

最后需要说明的是,在编辑出版本书的过程中,考虑到中英文对照版本的编排要求和中国读者的实际要求,编者采取了一种比较实用和大胆的做法,即在此译本中未保留原著中的索引和注释部分,希望读者能够予以谅解和认同。译文中如有其他不当之处,还请读者不吝批评指正。

译校者

2003年7月1日

前 言

在 当今关于宪法问题的辩论中，一种错误的二分法占据了主导地位。即：要么必须信守那些缔造了我们至关重要的宪法条文的立法者们的思想，摈弃那些他们认为是非法的做法；要么法院只能靠再次揣摩立法者的价值选择来审查立法。双方都竭力坚持认为自己的观点是惟一的选择。每一方都试图用修辞学的观点来揭示对方的观点不堪一击，不可接受；如果辩论仅限于此的话，那么事情就会变得非常简单——因为对双方来说，他们的理由大致相同。不管是那种认为任命产生的司法系统拥有对社会重大价值进行选择的最高权威的理论，还是那种认为社会的价值取向应该依照已经过世一个多世纪的先人的信仰的理论，最终，这两种理论与作为我们制度基础的民主假设都是不相调和的。在这本书中，我意在阐述关于司法审查的第三种理论，我认为这种理论是同那些基础性假设保持一致的，实际上，建构该理论意在借助法院把这些基础性假设变成现实。

许多人士和机构协助我完成了本书的写作工作。他们是：哈佛法学院为基础研究而设立的福特计划，1976年至1978年间我获得了资助；以及史密斯索尼亚协会资助学者研究的伍德鲁·威尔逊国际中心，1978年至1979年间我曾在那里度过一年的学术假期。（在本书中所表述过的若干观点，当然是我本人的，它们并不必然是威尔逊中心的研究成果）。我也感谢印第安纳法学院、杜克法学院和马里兰州法学院曾邀请我到他们那里作学术演讲，由此促使我提炼出一些将要表述的观点。第一、二章早期的节略本曾在1978年2月7日布鲁明屯的印第安那大学法学院举行的 Addison·C·Harris 报告会上提出

前 言

过。第三章的雏形曾在 1978 年 3 月 20 日杜克大学法学院的 Brainerd Currie 演讲中作过介绍。第四章即是 1978 年 4 月 24 日在马里兰大学法学院作的 Morris Ames Soper 演讲。五位优秀律师和好友 Nancy Ely、Gerry Gunther、Henry Monaghan、Al Sacks 和 Avi Soifer 自始至终慷慨地给予我智力及精神上的极大支持。我的研究助手们包括 Michael Chertoff、David Strauss 及 Tom Balliett，同时他们也是对我很有帮助的评价者。本书的编辑 Camille Smith 和我的秘书 Betty Lamacchia 不仅极好地完成他们各自的工作，还给予我远远超出其职责范围的帮助。

Preface

CONTEMPORARY constitutional debate is dominated by a false dichotomy. Either, it runs, we must stick close to the thoughts of those who wrote our Constitution's critical phrases and outlaw only those practices they thought they were outlawing, or there is simply no way for courts to review legislation other than by second-guessing the legislature's value choices. Each side has an interest in maintaining the idea that these are the only choices. One racks up rhetorical points by exposing the unacceptability of the only alternative to one's view; if the debate is defined thus, that is quite an easy task — for both sides, and for much the same reason. For neither of the proffered theories — neither that which would grant our appointed judiciary ultimate sovereignty over society's substantive value choices nor that which would refer such choices to the beliefs of people who have been dead for over a century — is ultimately reconcilable with the underlying democratic assumptions of our system. In this book I shall elaborate a third theory of judicial review, one that I shall argue *is* consistent with those underlying assumptions, in fact constructed so as to enlist the courts in helping to make them a reality.

A number of persons and institutions helped me with this book. They include the Ford Program for Basic Research at Harvard Law School, which provided support during 1976—1978, and the Woodrow Wilson International Center for Scholars at the Smithsonian Institution, where I spent the academic year 1978—1979. (The views expressed in the book, of course, are my own and not necessarily those of the Wilson Center.) I am also grateful to the Indiana, Duke, and Maryland Law Schools for inviting me to lecture and thereby inducing me to refine some of the ideas that follow. An early and abbreviated version of Chapters 1 and 2 was presented as the Addison C. Harris Lecture at Indiana University Law School at Bloomington on

February 7, 1978. Chapter 3 was give in earlier form as the Brainerd Currie Lecture at Duke University Law School on March 20, 1978; Chapter 4 as the Morris Ames Soper Lecture at the University of Maryland Law School on April 24, 1978. Five good lawyers and good friends — Nancy Ely, Gerry Gunther, Henry Monaghan, Al Sacks, and Avi Soifer — were very generous with their intellectual and moral support throughout. My research assistants, including Michael Chertoff, David Strauss, and Tom Balliett, were also helpful critics, and my editor, Camille Smith, and my secretary, Betty Lamacchia, not only did their respective jobs superbly but provided support far beyond the call of duty as well.

目 录

第一章	解释主义的魅力	(1)
第二章	受法律条款约束的解释主义的不可能性	(10)
	正当程序	(13)
	特权、豁免权	(21)
	平等保护	(30)
	平等保护与联邦政府	(32)
	第9修正案	(33)
第三章	探寻基本价值观	(42)
	法官自身的价值观	(43)
	自然法	(47)
	中立原则	(53)
	理性	(55)
	传统	(59)
	共识	(62)
	预言过程	(69)
	Alexander Bickel 的探索过程	(70)
第四章	监督代议制的过程:作为审查者的法院	(73)
	Carolene Products 案附注	(75)
	代议制政府	(77)
	美国宪法的特征	(89)
	民主与不信任	(102)
第五章	清理政治变革的渠道	(106)
	选举权	(118)

目 录

	建立透明的立法程序.....	(126)
	面向立法进程.....	(132)
第六章	有利于代表少数群体	(137)
	立法和(行政的)动机.....	(139)
	可疑的分类.....	(148)
	关于积极行动的题外话.....	(174)
	“程序性权利”,少数群体的风格	(176)
结 语		(185)
译者简介		(188)

Contents

I . The Allure of Interpretivism	(1)
II . The Impossibility of a Clause-Bound Interpretivism	(10)
Due Process	(13)
Privileges or Immunities	(21)
Equal Protection	(30)
Equal Protection and the Federal Government	(32)
The Ninth Amendment	(33)
III . Discovering Fundamental Values	(42)
The judge's Own Values	(43)
Natural Law	(47)
Neutral Principles	(53)
Reason	(55)
Tradition	(59)
Consensus	(62)
Predicting Progress	(69)
The Odyssey of Alexander Bickel	(70)
IV . Policing the Process of Representation :	
The Court as Referee	(73)
The Carolene Products Footnote	(75)
Representative Government	(77)
The Nature of the United States Constitution	(89)
Democracy and Distrust	(102)
V . Clearing the Channels of Political Changes	(106)
The Right to Vote	(118)

Toward a Visible Legislative Process (126)

Toward a Legislative Lawmaking Process (132)

VI. Facilitating the Representation of Minorities (137)

 Legislative (and Administrative) Motivation (139)

 Suspicious Classification (148)

 An Aside on Affirmative Action (174)

 “Process Rights,” Minority Style (176)

Conclusion (185)

第一章 解释主义的魅力

宪法理论界长期存在的一个争论在不同时期是以不同的用语进行的,但我们现今的专门术语似乎更有助于表达这种争论。今天,我们将争论的双方称为“解释主义”和“非解释主义”。前者是指法官们裁决宪法性争论时应将自己限制在由成文宪法明文规定或明确暗示的执行性规范之内;相反地,后者认为法院可以根据未包含在宪法文本中的众多的参考文献和执行性规范来作出裁决。¹

设想宪法裁决运用的解释主义方法与政治保守主义——甚至是通常所称的司法自我控制之间存在必然的关联,是一种误解。我们宪法的语言和立宪的历史很少含有少数人们已经熟知的历史司法实践的意向(假设这些司法实践能够被明确列举的话)。宪法经常被简略地概括为特定的基本原则,而它们的特定含义是由当时的历史情况所决定的。解释主义与其对立面的区别之处在于,它坚持认为,只有当裁定基于的推论(及其出发点的前提)被清晰载明时,政治(派别)的行为才可被判定为无效。然而,在宪法中很难发现全面推论,因为这种情形是难以预见的²。

* As shall become clear soon enough, “activism” and “self-restraint” are categories that cut across interpretivism and noninterpretivism, virtually at right angles. “Strict constructionism” is a term that certainly might be used to designate something like interpretivism; unfortunately it has been used more often, perhaps most notably in recent years by President Nixon, to signal a quite different thing, a proclivity to reach constitutional judgments that will please political conservatives. The interpretivism-noninterpretivism dichotomy stirs a long-standing debate that pervades all of law, that between “positivism” and “natural law.” Interpretivism is about the same thing as positivism, and natural law approaches are surely one form of noninterpretivism. But these older terms are just as well omitted here, since they have acquired baggage that can mislead.

I . The Allure of Interpretivism

A LONG-STANDING dispute in constitutional theory has gone under different names at different times, but today's terminology seems as helpful as any. * Today we are likely to call the contending sides "interpretivism" and "noninterpretivism" — the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document.¹

It would be a mistake to suppose that there is any necessary correlation between an interpretivist approach to constitutional adjudication and political conservatism or even what is commonly called judicial self-restraint. The language and legislative history of our Constitution seldom suggest an intent to invalidate only a small set of historically understood practices. (If that had been the point the practices could simply have been listed.) More often the Constitution proceeds by briefly indicating certain fundamental principles whose specific implications for each age must be determined in contemporary context. What distinguishes interpretivism from its opposite is its insistence that the work of the political branches is to be invalidated only in accord with an inference whose starting point, whose underlying premise, is fairly discoverable in the Constitution. That the complete inference will not be found there — because the situation is not likely to have been foreseen — is generally common ground.²